Raymond Avrillier

38100 Grenoble

Monsieur le Premier ministre
Hôtel Matignon
57 rue de Varenne
75700 Paris

Grenoble, le 8 juillet 2019

Objet :
Recours gracieux en
annulation des décisions de signer et des clauses réglementaires du Protocole d'accord du 9 avril 2015 avec les SCA ;
annulation du Protocole d'accord du 9 avril 2015 avec les SCA.

Monsieur le Premier ministre,

Suite à l'exécution de la décision du Conseil d'Etat n°403465 du 18 mars 2019 portant tardivement à ma connaissance le « Protocole d'accord entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes APRR, AREA, ASF, Cofiroute, Escota, Sanef et SAPN (collectivement, les « SCA ») », j'ai l'honneur de contester la validité de ce contrat administratif ainsi que de ses clauses réglementaires, et de vous demander, considérant les vices d'une particulière gravité que comporte ce contrat administratif, d'annuler les décisions de signatures pour l'Etat des clauses réglementaires de ce contrat, d'annuler les clauses réglementaires fixées par ce contrat, et d'annuler ce contrat.

Ce recours gracieux est déposé dans le délai de deux mois après communication de ce contrat par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le contrat étant désormais publié depuis fin avril 2019 sur le site du ministère des transports, grâce à mon recours :

www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/2015.04.09%20-%20Protocole%20accord%20Etat%20-%20SCA.pdf

www.ecologique-solidaire.gouv.fr/societes-concessionnaires-dautoroutes-sca

1. Le contrat contesté a le caractère de contrat administratif comportant des clauses exorbitantes du droit commun.

2. Le contrat contesté engage l'Etat par actes réglementaires :

- clauses fixant des tarifs des sociétés autoroutières dont la société AREA, pour plusieurs années ;

- clauses d'exonération de taxes hors du droit commun ;

- clauses de « stabilité fiscale » engageant l'Etat concernant des décisions fiscales, d'impôts, de taxes et de redevances.

(…)

5. Sont avancés des moyens tirés de ce que :

- la personne publique contractante était tenue de mettre fin à l'exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours ;
- le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ; dont le moyen d'ordre public tiré du vice d'incompétence affectant la signature du contrat et le contrat contesté ;
- la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général.

6. Parmi les clauses du contrat figurent des clauses ayant le caractère réglementaire, qui sont irrégulières, et qui ont des conséquences directes sur la situation de l'usager du service public, dont les suivantes :

- 3ème et 4ème alinéa de l'article C.1. et annexe 2 fixant les tarifs
- Article D. (D.1., D.2., D.3.) et annexe 5, dont régimes fiscaux, de taxes et de redevances, et tarifs
- Article F., et annexe 6, tarifs
- Article G., stabilité des prélèvements obligatoires
- Dernier alinéa de l'Article G., défense « en pleine et entière concertation » en cas de recours des tiers
- Annexe 6 et premier alinéa de l'article C.3. la « prolongation [des concessions] par le plan de relance », durées des contrats de concession

Les moyens de légalité externe et interne avancés sont les suivants.

7. Le contrat contesté a été signé par des personnes incompétentes pour ce faire en l'absence de signature du Premier ministre, du ministre des finances et des comptes publics M. Michel Sapin, ainsi que d'ailleurs du secrétaire d'Etat chargé des transports, de la mer et de la pêche, M. Alain Vidalies (qui a refusé de signer ce contrat qui avait été négocié en le tenant à l'écart) et du secrétaire d'Etat chargé du budget, M. Christian Eckert.

Une signature est incertaine, Mme Ségolène Royal ayant déclaré en 2017 à *France 2* qu'elle n'avait pas signé ce contrat (France 2, *L'Oeil du 20H*, 11 septembre 2017) : https://blog.francetvinfo.fr/oeil-20h/2017/09/11/laccord-secret-entre-letat-et-les-societes-dautoroutes.html

Ces moyens d'incompétence sont d'ordre public et sont également constitutifs d'un vice du consentement.

8. Le contrat contesté contractualise irrégulièrement avec le privé des prérogatives de puissance publique.

Par cet accord, deux ministres décident que l'Etat s'abstient de toutes mesures unilatérales ou prises de position qui seraient susceptibles d'affecter les sociétés autoroutières, et décident, en cas de recours de tiers, de défendre l'Etat en pleine et entière concertation avec les sociétés autoroutières (contrat contesté, article G.)

Les ministres signataires de ce contrat s'engagent en matière de décisions fiscales et de redevances, dans des compétences relevant d'autres ministres et du parlement :

Le contrat contesté fixe, par l'article F. et l'annexe 2, des « lois tarifaires des prochaines années » (sic) pour le service public, qui sont des clauses réglementaires, dont certaines relèvent d'autres ministres et du parlement.

L'article A.1. stipule que, concernant la loi « croissance et activité » : *« L'élaboration des décrets d'application nécessaires fera l'objet d'une consultation des SCA. »*, donnant ainsi pouvoir à des sociétés privées dans l'élaboration de décrets d'application de la loi, en situation de conflits d'intérêts.

Par l’article D.1. les seuls ministre de l’économie, de l’industrie et du numérique, M. Macron, et ministre de l’écologie, du développement durable et de l’énergie, Mme Royal, engagent l’Etat à une *« Stabilité des prélèvements obligatoires »* concernant les sociétés privées concessionnaires d’autoroutes, par l’article D.2. à une *« Stabilité du régime de déductibilité fiscale des charges financières. »*, par l’article D.3. à *« la mise en place, à compter de l'augmentation tarifaire du 1er février 2016, de la compensation de la hausse de la redevance domaniale ».*

L’article G. décide *« la garantie de stabilité des prélèvements obligatoires concernant les SCA. ».*

Par l’article G. signé des seuls ministres de l’économie, de l’industrie et du numérique, M. Macron, et de la ministre de l’écologie, du développement durable et de l’énergie, Mme Royal, *« l'Etat (…) s'engage à s'abstenir de toutes mesures unilatérales ou prises de position qui seraient susceptibles d'affecter la bonne exécution du présent Protocole. »*

Le contrat contesté transige en ce qui concerne des volets significatifs de l'action publique : police administrative, délimitation du domaine public.

L’Etat concédant ne peut renoncer par avance aux dispositions protectrices d'ordre public instituées en sa faveur.

Un contrat est entaché de nullité lorsque l’Etat renonce par avance à l'exercice d'une prérogative d'ordre public ou transige sur des aspects essentiels de l’action publique.

9. Le contrat contesté viole la règle d'ordre public aux termes de laquelle l'Administration ne peut transiger sur ses compétences.

10. Dans son rapport publié en 2009, la Cour des comptes estimait à 24 milliards d'euros la valeur globale des concessions privatisées alors que leur valorisation lors de la vente des participations de l’Etat en 2006 a été faite à 14,8 milliards d’euros (voir Rapport public annuel 2009, page 202, note de bas de page 91) :

www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000045.pdf

L’économie du contrat et son annexe 6 justificative dite « chroniques » est donc basée sur des données erronées et trompeuses dès l’année 2006, qui se répercutent sur toute la durée du contrat.

11. Le contrat contesté méconnaît les alertes posées par de nombreuses autorités concernant le déséquilibre des concessions autoroutières au profit des sociétés concessionnaires, au détriment de l’Etat et des usagers du service public, dont :

Cour des comptes, rapport, juillet 2013 :
www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/relations_Etat_societes_concessionnaires_autoroutes.pdf

Assemblée nationale, rapport, 17 décembre 2014 :
www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i2476.pdf

Sénat, rapport, 14 janvier 2014 :
www.senat.fr/rap/l13-275/l13-2751.pdf

Autorité de la concurrence, Avis n°14-A-13 du 17 septembre 2014 :
www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14a13.pdf

Commission des Finances, de l’économie générale et du contrôle budgétaire, mercredi 17 septembre 2014, Audition de M. le président de l’Autorité de la concurrence (M. Bruno Lasserre) :
www.assemblee-nationale.fr/14/cr-cfiab/13-14/c1314105.asp

Voir également les constats sur 2015 dans des rapports après 2015 :

Rapport 2016 de l’ARAFER :
www.arafer.fr/wp-content/uploads/2016/12/Synthese-comptes-concessions-autoroutes-2015.pdf

Sénat, Rapport 8 mars 2017 :

www.senat.fr/rap/r16-458/r16-4581.pdf

12. Dans le contrat contesté, des charges et travaux sont présentés comme nouveaux, alors qu'ils relèvent pour certains de l'entretien-renouvellement et de l'exploitation à charge du concessionnaire, présentation qui conduit à accroître irrégulièrement les profits des concessionnaires et la surcharge des tarifs.

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), créée postérieurement au contrat contesté, a elle-même relevé plusieurs cas de concessions autoroutières dans lesquelles il n'apparaissait pas justifié de faire supporter par l'usager de l'autoroute certains investissements soit parce que les projets correspondaient à des opérations déjà prévues dans les contrats, soit parce qu'il n'était pas établi qu'ils étaient strictement nécessaires ou utiles à l'exploitation de l'autoroute.

Les données de l'annexe 6 – chroniques par société, sur la base desquelles sont fixées les clauses réglementaires, majorent donc irrégulièrement les dépenses et minorent les recettes jusqu'en fin de contrat.

13. Les sociétés concessionnaires ont également passé de nombreux marchés avec des filiales de l'oligopole des sociétés autoroutières, et l'ARAFER en a relevé certains, pour lesquels la fixation des prix est interne à l'oligopole, sans concurrence.

Les données de l'annexe 6 –chroniques par société, sur la base desquelles sont fixées les clauses réglementaires, majorent donc irrégulièrement les dépenses et minorent les recettes jusqu'en fin de contrat.

14. L'augmentation du tarif des péages est largement déconnectée des coûts de la concession du service public.

15. Les tarifs des péages fixés par le contrat contesté sont tels qu'ils procurent aux sociétés d'autoroutes une rente injustifiée.

16. Le contrat contesté stipule, au premier alinéa de son article C.3., la « prolongation [des concessions] par le plan de relance ».

Les durées des contrats de concession, telles qu'indiquées à l'annexe 6 et à cet article C.3., sont sans cesse prolongées et constituent des durées anormalement longues, contraires au principe de prise de risque par le concessionnaire.

Les décisions fixées par le contrat contesté donnent une nouvelle occasion d'obtenir un report de l'échéance des concessions, sachant que, les investissements étant amortis, ces années supplémentaires seront des années de profit net pour les sociétés d'autoroute, d'autant plus important que les travaux prévus par les « plans » sont ponctuels alors que la concession est prolongée pour tout son périmètre.

17. Les durées excessives des concessions sont erronées au regard des recettes nécessaires à l'amortissement des capitaux investis et à la rémunération normale du concessionnaire.

18. Le contrat contesté comporte une très inégale importance des concessions réciproques alors qu'il est présenté comme une transaction.

19. Les « profils de compensation » arrêtés par le contrat contesté, fixés par les articles C.1. et F, et l'annexe 2, permettent en réalité une surcompensation au profit des sociétés concessionnaires par augmentation non justifiée des tarifs de 2016 à 2023, qui aura donc également un impact sur les années suivantes. La surcompensation est estimée par des personnes qualifiées à 500 millions d'euros.

20. Il n’est pas établi que les libéralités attribuées aux SCA par le contrat contesté aient été déterminées sur la base du montant des dépenses utiles exposées par les SCA au profit du service public des autoroutes et des usagers de ce service public, éventuellement augmenté, dans les limites de l’économie des concessions, d'une somme correspondant à la réparation du préjudice subi par le cocontractant du fait de la faute constituée par l’annonce de la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, Mme Ségolène Royal, de décider unilatéralement de la suspension des tarifs ; le ministre de l'économie, M. Macron ayant confirmé le 9 avril 2015 sur RTL le gel des tarifs des péages en 2015 annoncé par le Premier ministre M. Manuel Valls le 8 avril 2015.

La réparation du préjudice avancé par les SCA qui porte uniquement sur la suspension de la hausse des tarifs, bien que non communiqué, est surcompensé au-delà du préjudice par les 500 M€ mis à la charge des usagers par le contrat contesté, et les autres avantages concédés sont étrangers à cette compensation.

21. Deux ministres ont donc engagé l’Etat dans la fixation des objets du contrat, des durées et des tarifs, à garantir la compensation des décisions fiscales et réglementaires, et à garantir irrégulièrement par le contrat contesté la stabilité des profits des sociétés concessionnaires d’autoroutes, dont les filiales des groupes de l’oligopole VINCI, EIFFAGE et ABERTI.

22. Le bilan patrimonial du contrat contesté est déséquilibré pour l’Etat au profit des concessionnaires.

23. En vertu du principe général du droit selon lequel une personne publique ne saurait payer ce qu'elle ne doit pas (CE, 19 mars 1971, *Mergui*), sachant que les services de l’Etat sont des usagers des autoroutes concédés soumis aux tarifs du contrat, le contrat contesté est irrégulier en minorant de manière manifestement disproportionnée les charges dues par les SCA, en majorant de manière disproportionnée les charges de la collectivité publique et des usagers, et en créant une rupture d’égalité devant les charges publiques.

Des dispositions du contrat dont le maintien du plafonnement de la déductibilité des charges financières des concessionnaires constituent des libéralités au regard du principe d’égalité devant les charges publiques.

Le contrat contesté méconnaît l’interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités dans les contrats publics.

24. Le contrat contesté méconnaît l’obligation d’existence de risques pour le contractant privé, principe essentiel de la concession. Principe de risque d’exploitation supporté par le concessionnaire : CE, 15 juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de DOUAI, n°136734.

La jurisprudence en cours à la date du 9 avril 2015, concernant le risque transféré au concessionnaire, est bien résumée par l’article 5 de l’ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 (transposant la directive 2014/23/UE du 26 février 2014), qui fixe qu’un contrat de concession est un contrat par lequel l’autorité concédante confie l’exécution de travaux ou la gestion d’un service à un opérateur économique,

« *à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.*

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service. »

Si la part de risque transférée au délégataire n'implique pas une réelle exposition aux aléas du marché, le cocontractant ne peut, par suite, être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service.

25. La « rentabilité exceptionnelle » des sociétés concessionnaires d'autoroutes, avec un résultat net après impôt et charges financières entre 20 % et 24 % de leur chiffre d'affaires, n'est pas justifiée ni par le risque propre à leur activité, ni par l'évolution de leurs charges, ni même par le poids de leur dette, sachant que les sociétés concessionnaires d'autoroutes sont des monopoles géographiques sans concurrence, sauf lors de la remise en concurrence des offres par le concédant, ce qui ne s'est pas produit jusqu'alors sur les concessions existantes objet du contrat contesté.

26. Depuis la privatisation de 2006 jusqu'en 2017, ce sont 27 milliards d'euros de dividendes qui ont été distribués aux actionnaires des sociétés concessionnaires d'autoroute, enrichissement sans risque et injustifié.

27. Le contrat contesté attribue aux SCA, titulaires d'un monopole géographique privé, une rente injustifiée au détriment des usagers captifs : le profit tiré du monopole n'est pas proportionné au risque et à l'évolution des charges.

Les tarifs des péages tels que fixés par le contrat contesté sont tels qu'ils procurent aux sociétés d'autoroutes – indépendamment des conditions dans lesquelles s'est faite la privatisation en 2006 – une rente injustifiée et sans risque.

28. La clause de compensation intégrale et inconditionnée confirmée à l'article 32 du cahier des charges de Cofiroute et introduite à l'article 32 des autres cahiers des charges, telle que décidée à l'article D.1. du contrat contesté par modification de l'article 32 suivant l'annexe 5, présente un caractère excessif et anormal.

Cette clause décidée par ce contrat du 9 avril 2015 confère aux sociétés autoroutières une garantie automatique contre les aléas de la législation fiscale qui est contraire au principe même de la concession, qui a pour conséquence l'absence de risque et qui attribue des tarifs trop élevés pour les usagers.

Ne serait-ce que par l'introduction à l'Annexe 5 d'une « Nouvelle rédaction des articles 32 - Impôts, taxes, et redevances », la décision contestée transforme les contrats de concession en contrats sans risque, donc méconnaissant un principe essentiel de la concession.

29. Le contrat contesté bouleverse les économies des contrats de concession passés avec les SCA en introduisant de nouvelles modifications venant s'ajouter à des modifications successives procurant aux SCA des avantages injustifiés, sans respecter les textes législatifs et réglementaires s'appliquant aux procédures de passation des contrats de concession.

30. Le contrat contesté favorise les sociétés concessionnaires d'autoroute en bouleversant l'économie des contrats et en transformant les contrats de concession en contrats sans risque.

Le contrat contesté qui aboutit à la modification notable de clauses essentielles de l'objet, des emprises et des conditions économiques du contrat comporte des risques de favoritisme qui est un vice d'une particulière gravité entraînant l'annulation du contrat (CE, 15 mars 2019, SAGEM, n°413584).

31. Le contrat contesté méconnait la prévention des conflits d'intérêts.

Les conditions même de sa négociation, sa passation, sa dissimulation pendant 4 ans doit être rapprochée de la volonté de ses auteurs de garder secret ce contrat, ses libéralités, ses signataires, et ceux qui ont refusé de le signer.

Ce contrat du 9 avril 2015 a donné lieu à des actes préparatoires de la part du ministère de l'économie, du ministère de l'écologie, du ministère des finances, d'avril 2014 au 21 août 2015, documents préparatoires qui sont devenus communicables une fois prises les décisions qu'ils préparaient.

Il a donc été demandé de communiquer ces documents préparatoires correspondant à ces dossiers de l'accord du 9 avril 2015, en particulier ceux détenus alors par

- Mme Borne, d’avril 2014 à mai 2015 directrice de cabinet de Mme Royal, ministre de l’écologie ;
- M. Kohler, d’août 2014 à août 2016 directeur de cabinet de M. Macron, ministre de l’économie ;
- Mme Waysand, d’avril 2014 à juillet 2016, directrice de cabinet de M. Sapin, ministre des finances.

Parmi ces documents ont également été demandés les échanges entre ces ministères et les sociétés autoroutières correspondant aux préparations de l’accord du 9 avril 2015. Des conditions d’étalement dans le temps de la communication étaient proposées par le demandeur suivant le volume de ces documents. Cette demande du 19 mars 2019 rappelée le 19 avril 2019, restée sans réponse et faisant l’objet d’une instruction en cours après enregistrement le 20 avril 2019 par la CADA.

Le contrat contesté a été négocié par des personnes pour qui se pose la question du respect des règles auxquelles sont soumis les fonctionnaires qui passent du public au privé, et réciproquement, dont :

- Mme Elisabeth Borne, d’avril 2014 à mai 2015 directrice de cabinet de Mme Royal, ministre de l’écologie, après avoir été directrice des concessions de EIFFAGE en 2007 et 2008 ;
- M. Alexis Kohler, d’août 2014 à août 2016 directeur de cabinet de M. Macron, ministre de l’économie.

www.lefigaro.fr/actualite-france/2018/06/04/01016-20180604ARTFIG00134-le-secretaire-general-de-l-elysee-vise-par-une-enquete-du-parquet-national-financier.php

(…)

33. Le contrat contesté est donc entaché d’illicéité :

- d’une part les stipulations du contrat litigieux sont entachées de vices d’ordre public parce que les signataires pour l’Etat du contrat sont incompétents pour le signer seuls alors que des décisions financières et fiscales relèvent de la compétence du ministre des finances non signataire et du parlement non consulté ;

- d’autre part les signataires pour l’Etat contractualisent avec des sociétés privées des décisions réglementaires relevant de la seule compétence de l’Etat, méconnaissant l’interdit de la contractualisation avec le privé des compétences de puissance publique.

34. Les vices entachant le contrat contesté étendent la sanction à l'ensemble du contrat en se référant à la notion d'indivisibilité du contrat.

35. La poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général.

36. En conséquence des vices de consentement de l’Etat, d’illicéité de l’objet, de méconnaissance de règles d’ordre public, de libéralités, de méconnaissance des règles s’imposant aux concessions, …

il est demandé l’annulation :

- pour excès de pouvoir, des décisions de signatures pour l’Etat des clauses réglementaires et des clauses réglementaires du contrat contesté ;

- en plein contentieux, du contrat contesté.

Veuillez agréer, Monsieur le Premier ministre, mes salutations distinguées.

Raymond Avrillier
Maire-adjoint honoraire